

HIPOSSUFICIÊNCIA DE UMA DAS PARTES NA RELAÇÃO DE CONSUMO COM PESSOAS JURÍDICAS¹

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor de Direito Público

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema que iremos enfrentar é de grande significação para bem se interpretar, na época contemporânea, os negócios jurídicos bilaterais, aplicando-se a legislação que os regem de modo adequado com as tendências da sociedade que estamos vivenciando.

Não desconhecemos que o direito evolui de acordo com os efeitos produzidos pelos variados acontecimentos sempre presentes no agrupamento social.

Não ignoramos que o mundo, não obstante em estado de crescente globalização, está testemunhando um distanciamento, de ordem econômica e financeira, entre as três classes que formam o tecido social do momento: a classe alta, a classe média e a classe inferior.

Identificamos, ainda, a classe média sendo dividida em classe média alta e classe média baixa, bem como, a classe inferior sendo dividida entre os que sobrevivem com o mínimo de condições financeiras e os miseráveis.

Estes últimos, os da classe média baixa, os que sobrevivem com o mínimo de condições financeiras e os miseráveis, são denominados de hipossuficientes pelos estudiosos dos fenômenos jurídicos.

¹ Texto básico da palestra proferida em Amparo, São Paulo, no mês de novembro de 2004, no Fórum Jurídico das Atividades Seguradoras, realização da Associação Paulista dos Magistrados.



Esses hipossuficientes representam, na atualidade, segundo alguns dados estatísticos, mais de 65% (sessenta e cinco por cento) da população brasileira. Não podem, conseqüentemente, ser ignorados pelo direito. A eles devem ser voltadas as atenções dos doutrinadores, do legislador e do aplicador da lei, no caso, os juízes.

Observamos, com meditação significativa, o fato de que o Código Civil de 1916 não foi envolvido por uma filosofia voltada para a proteção das pessoas hipossuficientes.

Na verdade, o referido diploma legal refletiu os sentimentos da época em que ele foi elaborado onde predominava o individualismo e o patrimonialismo.

Vivemos, portanto, desde o início do Século XX, a partir de 1916, data da vigência do Código Civil de então, submetidos a normas de direito privado que não prestigiavam os aspectos sociais das relações jurídicas, nem a função social da propriedade e do contrato.

Podemos marcar o ano de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal atual, como sendo o marco inicial em que, no campo legislativo, em termos expressos, o hipossuficiente passou a ser considerado como objeto de preocupação do direito materializado em norma jurídica.

Até então, com raras exceções, ele era analisado em campo doutrinário, com pregação destinada a protegê-los, a fim de diminuir a distância existente entre os seus anseios e a concretização de suas necessidades com os anseios e as necessidades das classes que estavam acima das a que eles pertenciam.

A Constituição Federal de 1988, inserindo em seu texto as tendências de socialização do final do século XX e acatando as tendências jurisprudenciais da época, espelhando as transformações que o mundo

vem passando, aprovou normas, em seu texto, que se voltam para proteger o hipossuficiente.

Essas normas não estão na Carta Maior como princípios. Elas têm uma forma muito maior, porque são consideradas como sendo postulados, portanto, sem qualquer condição de interpretação restritiva para que atuem com a potencialidade de suas mensagens.

Destacamos, em primeiro patamar, o disposto no preâmbulo da Carta de 1988, onde consta postulados de que o Brasil é um Estado instituído sob o regime democrático, tendo entre outros objetivos o de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, tudo sob a proteção de Deus.

As mensagens do preâmbulo da Constituição têm força imperativa. São postulados de natureza absoluta. Devem ser concretizadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário por representarem a vontade do povo, o sentimento da Nação, o querer de cada ser humano que se integra no tecido social denominado brasileiro.

Sobre o preâmbulo de uma constituição ter força normativa, não desconhecemos que há corrente reconhecendo essa possibilidade e outra em sentido contrário.

A nossa filiação, conforme já demonstramos, é à corrente que entende ter conteúdo de postulado jurídico o preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Os postulados, conforme adverte Humberto Ávila (in “Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos” – 3ª.

edição, Malheiros), são normas estruturantes da aplicação de princípios e regras. “São normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”.

Exs: a) o postulado da igualdade;

b) o postulado da razoabilidade (razoabilidade como equidade; , como congruência (Verbetes: congruência - 1. Harmonia duma coisa com o fim a que se destina; coerência, congruidade.); como equivalência.

c) o postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito).

Os postulados, por serem mais de que princípios, têm diretrizes específicas para serem considerados normas imperativas. As diretrizes para a análise dos postulados normativos aplicativos são:

a) Necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo.

b) Análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenadores e da forma como se relacionam com os postulados.

c) Investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a sua escolha.

d) Realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, há de ser verificada a existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 possui todos os requisitos para ser considerado pelo nosso ordenamento jurídico como



postulado normativo com força absoluta, imperativa e de imediata eficácia e efetividade.

Luciano Nascimento Silva, em aprofundado trabalho intitulado "O Poder Normativo do Preâmbulo da Constituição", disponível no site <http://www.mundojuridico.adv.br>>, analisa a força do preâmbulo de uma constituição. Após mostrar as diferentes correntes, aponta os preâmbulos de Constituições que, pelas mensagens contidas, são normativos impostos aos nacionais com força total.

Com base no estudo acima apontado, concordamos com a afirmação nele feita no sentido de que "a questão quanto a natureza dos preâmbulos constitucionais tem suscitado enorme discussão no mundo acadêmico e na doutrina contemporânea".

Na verdade, conforme afirma Luciano Nascimento Silva, "a doutrina constitucional pátria em sua maior parte tem lecionado pela natureza do preâmbulo como princípio constitucional". Essa visão, diz o autor, é no sentido do postulado ser um "princípio político e não de norma jurídica", expressando significação de "que o preâmbulo da Constituição não apresenta poder normativo".

Luciano Nascimento Silva, artigo citado, lembra que Raul Machado Horta, enfocando o assunto, afirma que "a fixação das características da norma jurídica é tema introdutório ao conhecimento da norma constitucional", acrescentando que "a norma jurídica distingue-se por duas propriedades fundamentais: a validade e a vigência". Raul Horta, lembra Luciano Nascimento, "por outro lado, citando HANS KELSEN, que realiza uma inovação nessa questão, leciona que 'substituindo a vigência pela eficácia, torna mais nítida a distinção entre as duas categorias'".

Nesse pálio de idéias, escreve Luciano Nascimento, artigo citado:

“No direito pátrio, a questão envolvendo a vigência e eficácia da norma constitucional não tem recebido da doutrina e da sociologia jurídica a atenção necessária, a qual faz jus, de forma a efetivar um entendimento melhor acerca dos preceitos e princípios constitucionais presentes na Carta Magna. O que provoca uma verdadeira ‘poluição’ de interpretações, ou mesmo a ofensa e o ferimento à Constituição. Parece-nos que se apresentam mais efetivamente as reformas da Carta do que o entendimento dela. Passa-se a viver uma era fomentada pelo anseio de reforma, quando o incentivo deveria ser voltado para uma renascença do entendimento da norma constitucional. É como se orquestrasse, ou estivesse havendo uma arquitetura oculta do instituto da postergação de interpretação sócio-material do preâmbulo constitucional, tendo como tela virtual dessa construção oculta o instituto da reforma.

Para uma finalização da questão envolvendo a validade, vigência e eficácia, por mais uma vez, faz-se uso do magistério de RAUL MACHADO HORTA, que lembra os ensinamentos do mestre MIGUEL REALE, que demonstrou com a Teoria Tridimensional do Direito que é impossível separar vigência de eficácia. Para o pensador das Arcadas, ‘não há problema de vigência que não se refira à eficácia, nem desta que possa abstrair totalmente daquela. A vigência é problema complexo e profundo, que não se restringe ao seu aspecto técnico-jurídico. A vigência põe e exige a certeza do Direito, enquanto a eficácia projeta a norma no grupo humano a que ela se destina’.^{2[15]}

A questão, então, já mencionada, em torno dos preâmbulos constitucionais terem ou não caráter de normas jurídicas, poder normativo, adquire dimensão. Seriam todos os preâmbulos apenas princípios, preceitos indicativos da atuação governamental? Sonhos e esperanças da construção de um Estado de realização sócio-material? Ou alguns, ou mesmo todos, representariam regras jurídicas, ou seja, normas

^{2[15]} Op. cit., p. 40-1.



constitucionais de aplicação imediata, normas jurídicas exeqüíveis em si mesmas? O entendimento expressado por PAULINO JACQUES¹ é o de que, em geral, os preâmbulos constitucionais valem como princípios e não como normas jurídicas. A carta constitucional francesa de 1946 traz em seu preâmbulo uma declaração de direitos formal e solene, daí a expressão (nossa) de que aquele preâmbulo tem caráter de norma jurídica. A questão é que a maior parte das Constituições do século XX traz declarações semelhantes, para não dizer idênticas. Expressamos aqui, também, concordância com a lição de LAURO NOGUEIRA citado por PAULINO JACQUES, para quem o entendimento e a interpretação jurídico-política do preâmbulo constitucional devem residir na expressão de norma jurídica e não apenas um princípio norteador das diretivas do Estado. Para o autor, 'o preâmbulo é lei, como parte que o é da Constituição'".

Em passo seguinte, o mencionado autor aborda a doutrina de J. J. Gomes Canotilho, afirmando:

"Iniciando-se, a saber, o atual sentido de Constituição em função das inúmeras transformações sofridas pelo Estado e a Sociedade no século XX, ocasionadas pelo fim da modernidade e de seu individualismo, o surgimento e efetivação plena da era pós-moderna e contemporânea. Mais efetivamente no sentido de uma positividade-material constitucional, e não apenas de uma positividade-formal, verifica-se pontos distintos nos ensinamentos do constitucionalista português, tais como: o sentido das normas programáticas, aplicabilidade direta: normas-fim e normas-tarefa, densidade e abertura das normas constitucionais. E, principalmente, o princípio da unidade da Constituição.

Para GOMES CANOTILHO, o sentido histórico, político e jurídico da Constituição escrita continua hoje válido, ensina o pensador português que, 'a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Com os meios do direito ela estabelece os instrumentos de governo, garante direitos fundamentais, define fins e tarefas. As regras e

os princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como 'lei'; o direito constitucional é direitos positivo'.^{3[19]} Corroborando a lição do pensador da escola de COIMBRA, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA^{4[20]} em diversos estudos constitucionais fala acerca da Constituição como norma, enquanto KONRAD HESSE^{5[21]} em diversas investigações constitucionais faz afirmação no sentido de força normativa da constituição.

É bem verdade que não tem como se negar a difícil tarefa de uma implementação da força normativa da Constituição, em face de tal complexidade articulada da denominada textura aberta das cartas magnas contemporâneas. No entanto, quando se expressa o entendimento e sustentação do ensinamento no sentido de que o Direito Constitucional é uma ciência positiva e a Constituição tem força de norma jurídica, pode-se simplesmente concluir pela normatividade dos princípios nela constantes. A lição de GOMES CANOTILHO no contexto acima exposto, contempla-nos com os seguintes sentidos: a possibilidade de regular jurídica e efetivamente as relações da vida (P. HECK); e a de dirigir as condutas e dar segurança as expectativas de comportamentos (LUHMANN).^{6[22]} Tudo isso quer significar o sentido de tais normas, cabendo, então, identificar a existente ruptura com a doutrina clássica, uma mudança de paradigma efetuada pela a ambição de uma realização sócio-material do Direito, não mais se contentando com o aspecto único de sua formalidade, ou seja,

^{3[19]} *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1991, p. 189. veja-se edição mais atualizada, em face da dinâmica empregada pelo autor em seus estudos. Característica principal da sua doutrina.

^{4[20]} "La Constitución como norma jurídica". *La Constitución española de 1978 – Estudio sistemático*. Madrid : Civitas, 1984. "A Constituição como norma". *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XIX, nº 78, abr./jun., 1986. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid : Civitas, 1982. "Hermenêutica e supremacia constitucional – El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento". *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XIX, nº 77, jan./mar., 1986.

^{5[21]} *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1988. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

^{6[22]} Op. cit., p. 189.



não há mais como negar que as relações humanas alcançaram um nível em que não existe mais espaço para as denominadas normas programáticas, residentes no âmbito da antiga interpretação.

Daí falar-se em normas-fim, normas-tarefa, normas-programa, que impõem uma atividade e dirigem de forma material a concretização constitucional. GOMES CANOTILHO vai dizer que, 'o sentido destas normas não é, porém, o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina, 'simples programas', 'exortações morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade'.^{7[23]} O pensador português fazendo uso da doutrina de CRISAFULLI leciona que, 'não pode, pois, falar-se de eficácia programática (ou derivada), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória em confronto com qualquer poder estatal discricionário'.^{8[24]}

Por isso, importante é entender que a materialização das normas programáticas não está ligada à interferência do legislador, mas sim, é a sua positividade (normas-fim, normas-tarefa, normas-programa) que enseja a intervenção dos organismos de instância superior. Tudo isso exterioriza o seguinte significado: uma vinculação permanente do legislador com a sua existência; uma vinculação positiva dos órgãos de criação, em virtude do caráter material permanente em todo e qualquer momento de sua realização; e, por fim, a vedação incontestada (no campo da inconstitucionalidade) de normas que se apresentam em conflito direto.

Reconhecida a eficácia vinculativa das normas programáticas, torna-se automática a interpretação de que não faz sentido a distinção entre norma jurídica atual e norma jurídica programática. O que em outras palavras significa dizer que todas as normas existentes têm seu caráter normativo, independentemente da intervenção legislativa. Não há

^{7[23]} Idem, p. 189-90.

^{8[24]} Idem, p. 190-91.



a mais remota possibilidade de admissão das chamadas declarações de intenção presentes na Constituição, causa-nos repugnância a denominada promessa vazia no alto do palanque, quanto mais a existência de normas não exeqüíveis em si mesmas, ou de não-aplicação imediata, no documento fundamental do contrato social. É função da doutrina construir um pensamento jurídico sócio-material no sentido de proclamar a independência do ensinamento quanto a dispensável intervenção legislativa para dar operatividade (validade, vigência e eficácia) prática aos preceitos e princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. Uma realização material dos direitos sociais.

Na esfera da aplicabilidade direta, GOMES CANOTILHO se refere à rejeição da doutrina tradicional da regulação da liberdade. Pois, hoje, é a própria Constituição a determinar que as normas constitucionais representam uma espécie de direito atual no seu sentido termo, de aplicação imediata e direta. Demonstra-nos o seguinte exemplo: 'à semelhança do art. 1º/3 da 'Grundgesetz' de Bonn, que dispõe: os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas'.^{9[25]} Faz referência direta à doutrina de K. KRUGER, dizendo que, na época atual, assistia-se a deslocação da doutrina dos 'direitos fundamentais dentro da reserva da lei' para a doutrina da 'reserva de lei dentro dos direitos fundamentais'.^{10[26]}

Percorrendo pela doutrina do pensador português, encontra-se referência à aplicabilidade direta de normas-fim e normas-tarefa. No sentido de identificar a complexidade da aplicação direta de (normas programáticas) tais normas. Mesmo tendo ciência de se tratar de normas que constituem direito atual com a efetiva vinculação. Tudo isso no campo da aplicabilidade das normas de direitos, liberdades e garantias e de normas organizatórias. Além do cunho representativo de princípios e

^{9[25]} Idem, p. 191-92.

^{10[26]} Idem, p. 192-93.



regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração. Ensina GOMES CANOTILHO que, 'as 'normas programáticas' vinculam também os tribunais, pois os juízes 'têm acesso à constituição', com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo') e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento, dos atos normativos contrários as mesmas normas'.^{11[27]}

Um outro aspecto, refere-se à densidade e abertura das normas constitucionais; ocorre aí uma confusão entre o que seja abertura das normas constitucionais e o que significa abertura da Constituição. Impõe-se fazer uma diferenciação diante dos conceitos, existindo, pois, para ser mais preciso, dois níveis a saber: abertura horizontal^{12[28]} e abertura vertical.^{13[29]} Apresentando-se como sendo de principal interesse, portanto, apenas o segundo nível, objetivando-se encontrar uma resposta para o que GOMES CANOTILHO denominou de normas constitucionais abertas e as normas constitucionais densas.

O primeiro passo a ser dado é constatar que não se trata de uma tarefa suscetível de ser reconduzida a esquemas fixos e totalizantes. Diz, então, GOMES CANOTILHO citando G. SCHMID, que existe uma tendência a assinalar a abertura das normas constitucionais em assuntos assim entendidos: '1) sobre os quais há um consenso geral; 2) em relação aos quais é necessário criar um espaço de conformação política; 3) em relação aos quais podem ser justificadas medidas corretivas ou adaptadoras. A densidade da norma constitucional impõe-se: 1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; 2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social; 3) quando a concretização constitucional

^{11[27]} Idem, ibidem.

^{12[28]} Para significar a incompletude e o caráter "fragmentário" e "não condicionador" de um texto constitucional (GOMES CANOTILHO, J. J. Op. cit., p. 194).

^{13[29]} Para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, "abrem-se" à mediação legislativa concretizadora (GOMES CANOTILHO, J. J. Op. cit., p. 194-95).



imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas'.^{14[30]} Por um lado, a abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista do método, que ela comporta uma delegação relativa aos órgãos concretizadores; a densidade, por sua vez, aponta para uma maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação.

Portanto, a interpretação irrefutável é a de que tanto a abertura quanto a densidade são grandezas variáveis, não cabendo mais, como ainda é corriqueiro na doutrina e, sobretudo, na jurisprudência pátrias, a afirmação sobre a existência de normas constitucionais exeqüíveis por si mesmas e normas constitucionais não exeqüíveis por si mesmas, realizando a manutenção de tal diferenciação não mais comportada. Torna-se inadmissível, seja num ou noutro caso, a pregação dos denominados programas condicionais presentes nas normas constitucionais.

Encontra-se, também, na doutrina de GOMES CANOTILHO, o que se denominou chamar de unidade da Constituição. O ensinamento doutrinário é no sentido de que 'considerar a constituição como um sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um 'compromisso' entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios'.^{15[31]} A lição é no sentido de se entender que o consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e o antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.

Por fim, chega GOMES CANOTILHO na sua doutrina ao princípio da unidade da Constituição. Considerando a Constituição como

^{14[30]} Idem, p. 195.

^{15[31]} Idem, p. 196.



um sistema aberto de regras e princípios que atribui e deixa, sem dúvida, um sentido útil ao princípio da unidade da Constituição; o de unidade hierárquico-normativa. Portanto, vai dizer GOMES CANOTILHO que, 'o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: 1) a tese das 'antinomias normativas'; 2) a tese das 'normas constitucionais inconstitucionais'. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria 'positividade normativo-constitucionais e um importante elemento de interpretação'.^{16[32]}

A construção doutrinária constitucional de GOMES CANOTILHO conduz à interpretação de que o princípio da unidade da Constituição, estabelecido com o caráter de decisão, provoca uma leitura por parte de todos os atores e agentes detentores do poder e competência para aplicação e execução das regras e princípios, como uma unidade do sistema jurídico".

Com apoio na doutrina explicitada, conclui Luciano Nascimento Silva, trabalho citado, que:

"A Constituição do Estado somente pode ser entendida como sendo a Lei Fundamental, representa o núcleo de todas as células, é ela que fornece o arsenal político e jurídico para a organização do Estado. Portanto, atribuindo validade a toda a ordem jurídica infraconstitucional. A Constituição Federal de 1988 fixou em seu Preâmbulo diversos valores fundamentais, entretanto a de se notar que tais valores não vêm esgotar toda a disciplina, pois, além destes, existe um leque de outros valores espalhados no corpo articulado do diploma constitucional.

^{16[32]} Idem, p. 197.



Encontra-se, expressa e taxativamente, no Preâmbulo da Magna Carta valores fundamentais tais como: direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores... . Os valores ali presentes, preceituados no preâmbulo somente podem ser interpretados como critérios materiais, objetivando acerca de uma orientação do ordenamento jurídico e de sua participação no contexto global da Constituição do Estado como força vinculativa, exercendo um poder normativo, uma determinação de sua natureza jurídica de exigibilidade imediata.

Não há como negar mais, não há como retardar mais – apesar da forma lacônica como a doutrina, especialmente a pátria, trata o tema em comento – que, efetivamente, os preâmbulos constitucionais, e, principalmente, o da Constituição Federal de 1988, têm força normativa na medida em que, e quando, expressam normas, princípios e valores. São normas jurídico-constitucionais exeqüíveis em si mesmas, são normas jurídico-constitucionais de aplicabilidade e exigibilidade imediatas.

Para concluir, finalmente, cabe ressaltar que o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi escolhido, dentre outros, e votado em Assembléia Constituinte, e não é a sua posição dentro do Texto Constitucional – antes dos artigos propriamente ditos – que poderia(rá) justificar ou mesmo eliminar a sua legitimidade democrática e a sua força normativa, de caráter vinculativo, hauridas do respaldo da elaboração e aprovação pelos representantes do povo para tanto reunidos”.

No contexto acima identificado, observamos que em várias Constituições de outros Países o preâmbulo é inserido com a natureza de postulado, tendo, portanto, força normativa de natureza absoluta, mais do que se princípio fosse.

Anotamos, copiando do trabalho de Luciano Nascimento Silva, os textos dos preâmbulos das seguintes Constituições:

a) O preâmbulo das Constituições francesas de 1946 e de 1958 são, indiscutivelmente, postulados normativos que determinam a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e de todo o sistema legislativo inferior.

A Constituição da França, de 1946, expressava em seu Preâmbulo:

“1. Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

2. Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après:

3. La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l’homme.

4. Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d’asile sur les territoires de la République.

5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l’action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

9. Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

12. La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

14. La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

15. Sous reserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

16. La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

17. L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

O Preâmbulo da Constituição da França, de 1958, segue a mesma linha da força postulatória normativa que ele contém:

"Préambule

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolutions démocratique.

Article 1er

La République et les peuples des territoires d'outre-mer qui, par un acte de libre d'termination, adoptent la presente constitution instituent une Communauté.

La Communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent".

Reproduzimos, seguindo o anotado por Luciano Nascximento Silva, artigo citado, três decisões do Poder Judiciário da França confirmando a forma normativa do preâmbulo. Eio-las:

"Décision nº 86-225-DC: Nesta decisão, pode-se notar o controle de constitucionalidade tomando por base a alínea 11 do Preâmbulo da Constituição de 1946, confirmado pela Constituição de 1958 (p. 9), que serviu de fundamento para a declaração da conformidade à Constituição do artigo 4º.

Décision nº 92-308-DC: Neste caso, cuidava-se da aprovação, ou não, do Tratado da União Européia. Aqui, uma vez mais, foram utilizadas normas do Preâmbulo para sustentar a aprovação, conforme se colhe do trecho no qual os conselheiros levam em consideração o disposto na alínea 14 do Preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual se refere o Preâmbulo da Constituição de 1958, e que proclama que a República francesa se conforma às regras de direito público internacional (pp. 15 a 17).

Décision nº 98-408-DC: Esta decisão, de 1999, destinou-se à aprovação do Estatuto da Corte Penal Internacional e fundamentou-se, a par de dispositivos da Constituição, também em seu preâmbulo para aprová-lo, mediante revisão da Constituição. Interessante notar que considerar como um princípio de valor constitucional a dignidade da pessoa humana, consagrada no Preâmbulo da Constituição de 1958 na medida em que confirmou o Preâmbulo da Constituição de 1946, que reafirmou os direitos contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (. 29). Em outra passagem, usa o Preâmbulo para fundamentar a possibilidade da França obrigar-se internacionalmente para

favorecer a paz e a segurança mundial e assegurar o respeito aos princípios gerais de direito público internacional (p. 30)".

No referente diretamente ao hipossuficiente, a Constituição Federal o protege em seu preâmbulo e nos artigos a seguir transcritos, impondo normatividade com esse propósito às relações jurídicas que os envolvem.

A primeira disciplina vamos encontrar no art. 1º, inciso II, III e IV, ao ditar:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania (o itálico é nosso);

III – a dignidade da pessoa humana (o itálico é nosso);

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (o itálico é nosso);

V – o pluralismo político.

Consagrar a obrigatoriedade do Estado zelar pela cidadania, pela dignidade da pessoa humana e pelos valores sociais do trabalho é, de modo sem distinção, proteger aos suficientes e aos hipossuficientes.

No art. 3º da Constituição Federal há, com carga obrigatória, a determinação de que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", o que significa amparar, institucionalmente, o hipossuficiente.

O art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, expressa regra de absoluto amparo ao hipossuficiente, obrigando a que a eles, quando em relação de emprego, seja pago “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentos, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Nos capítulos dedicados à saúde, à assistência social, à educação e à previdência social, encontramos manifestações constitucionais voltadas, com nitidez, para assegurar direitos aos hipossuficientes, a destacar, como exemplo, o inciso II do art. 203, a afirmar que a assistência social tem, entre outros objetivos, o de amparar às crianças e adolescentes carentes. Do mesmo modo, o inciso V do art. 203, quando garante um “salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Outros exemplos podem ser destacados do texto da Constituição Federal com o objeto voltado, unicamente, para proteger essa classe social inferior de pessoas.

Sobre o art. 203, V, da CF, merece atenção artigo da autoria de Amilton Alvarez, disponível na Internet, site: www.anpr.org.br, do teor seguinte:

“O Benefício assistencial do art. 203, V, da CF exige prova de miserabilidade: VAMOS FICAR ATENTOS COM A CORRIDA AO TESOURO.

A Constituição de 1988 (art. 203, inciso V) assegura ao idoso ou deficiente físico ou mental, desprovidos de meios de prover o próprio sustento ou tê-lo provido pela família, o benefício de amparo social



consistente em renda mensal de um salário mínimo, pago pelo INSS, por conta da União, enquanto perdurar a necessidade do assistido.

De uns tempos para cá, **instaurou-se no País verdadeira corrida em busca do benefício**. Como tem natureza assistencial e **não depende de qualquer contribuição anterior feita pelo interessado**, todo mundo quer o tal amparo. Por isso toda família com deficiente ou idoso procura um advogado para perseguir a renda vitalícia oferecida pela União. Nas cidades do interior, cujas Comarcas não são sedes de Vara do Juízo Federal, os feitos são processados na Justiça Estadual, por força da regra do parágrafo 3º do art. 107, CF, que prestigia o foro do domicílio do beneficiário, facilitando assim o acesso à Justiça.

Para a obtenção do benefício, exige-se: 1) comprovação de idade superior a sessenta e sete anos ou prova da deficiência e incapacidade para o trabalho; 2) prova da miserabilidade assecuratórias de que o requerente não dispõe de outros meios para prover o sustento e que também a sua família não possui recursos para fazê-lo.

A Lei nº 8742/93, em seu artigo 20, parágrafo 3º, a pretexto de regulamentar o preceito constitucional, introduziu severa e indevida limitação à obtenção do benefício, estipulando que só terá direito ao benefício o hipossuficiente cuja renda "per capita", na família, seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

A odiosa limitação logo foi repudiada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que está proclamando todo dia a inconstitucionalidade da regra imposta pela Lei nº 8742/93. Correta a orientação do TRF/SP, pois afinal, ninguém consegue sobreviver no País com ¼ do salário mínimo, ainda mais quando necessita de remédios e cuidados médicos, não pode trabalhar e é inválido. Contudo, a repulsa às manobras costumeiras da Administração para fugir de suas responsabilidades sociais, tem levado os operadores do direito a outro

extremo: **pouca prova tem sido exigida da miserabilidade daqueles que reclamam o pagamento do benefício.**

Nos processos que chegam diariamente ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em grau de recurso, tenho observado algum descuido na instrução processual, principalmente na colheita da prova da verdadeira situação econômico-social do assistido; em certos casos, não se sabe se a família tem ou não meios de prover o sustento do deficiente. Recentemente, opinei no sentido da reforma de sentença de primeira instância, contra o interesse do incapaz - mas ao lado da verdade do processo, porque o benefício estava sendo concedido a deficiente, filho único de uma viúva, esta funcionária municipal, em cidade de Interior, com salário mensal de quase R\$ 700,00 (?!). Penso que não é esse perfil de "hipossuficiente" que inspirou o constituinte a conceber o amparo social do art. 203, V, CF, daí a minha preocupação.

É comum o processo apresentar prova segura da incapacidade do requerente, laudo médico, etc., mas a prova nem sempre é convincente quanto à renda familiar. Dificilmente há informação completa dos ganhos do pai e da mãe num mesmo processo; dos irmãos e demais moradores da casa então nunca se tem qualquer informação sobre seus ganhos, nem mesmo quanto à idade ou número de pessoas que vivem em família.

Todos sabemos da postura reprovável do INSS, quando não mede esforços para adiar o pagamento de benefícios devidos. A repulsa natural ao expediente protelatório, contudo, não deve nos fazer negligentes, a ponto de admitirmos que o benefício assistencial do art. 203 venha a ser pago a quem dele não necessita. Sejam diligentes todos nós implementadores da Justiça. Atentos à realidade da vida e à febre que já se instaura neste nosso Brasil à cata do tal benefício,



devemos cobrar dos representantes judiciais das partes acompanhamento mais rigoroso na produção da prova de miserabilidade nesses processos. É que tanto há injustiça quando se confere o benefício a quem não tem direito, quanto em praticar ação ou omissão tendente a adiar a solução do litígio. Digo isto pois, para salvar o processo, já adotei soluções pouco ortodoxas na Segunda Instância, tendo inclusive requerido baixa dos autos à Primeira Instância para juntada de prova que deixou de ser produzida regularmente na origem. Em muitos casos o Tribunal acolheu o pedido do Ministério Público, mas que não vire moda por obra de necessidade. Espero mesmo é receber autos com boa prova de miserabilidade da família. Afinal, a baixa do processo à Primeira Instância é medida de exceção e causa indesejável retardamento na entrega da prestação alimentar, podendo evitar-se com a simples e boa produção de prova no tempo certo”.

2. O NOVO CÓDIGO CIVIL E A PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE

O Código Civil de 2002 tem suas bases filosóficas inspiradas nos valores da ética, socialidade, praticidade e operosidade.

Esse diploma legal rompeu com o individualismo e o patrimonialismo que o ordenamento jurídico vivenciou desde o início do Século XX quando começou a vigorar o Código Civil de 1916.

O hipossuficiente, nesse novo diploma civil, aparece sendo protegido em qualquer tipo de negócio jurídico que celebre.

Esse ideário sobressai quando examinamos, de modo sistêmico, os dispositivos que regulam as relações contratuais, especialmente, a determinação de que o negócio jurídico bilateral terá como base principal a sua função social, refletindo na impossibilidade da prestação por ele gerada tornar-se onerosamente excessiva e ser

descontituído, no prazo de 4 (quatro) anos, quando consumado em estado de lesão ou de perigo.

O Professor Miguel Reale, no discurso que proferiu por ocasião da sanção pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso da Lei n. 10.406, de 10.1.2002 (Novo Código Civil), definiu os propósitos do referido diploma e a sua preocupação de estabelecer, nos vínculos de direito privado, um sistema que horizontalize as partes.

Destacamos, do mencionado discurso, o trecho seguinte:

“Estamos, hoje, solenemente mudando de Código Civil, o qual constitui o miolo ou cerne do ordenamento jurídico da sociedade civil, fixando as diretrizes básicas que irão reger a forma de vida da gente brasileira. Costumo dizer que o Código Civil é o código do homem comum, visto como ele dispõe sobre a situação social e a conduta dos seres humanos, mesmo antes de seu nascimento, dadas as normas protetoras dos nascituros, e depois de sua morte, por preservar a sua última vontade e fixar o destino de seus bens.

Em virtude do tempo disponível, seria absurdo perder-me na minuciosa análise das alterações fundamentais introduzidas em nossa legislação civil, sendo preferível, em breve síntese, dizer algo sobre o espírito que presidiu a reforma feita, a qual assinala a passagem de um sistema de regras destinado a reger uma nação fundamentalmente agrária, à qual se destinava o Código de 1916, para uma estrutura cultural marcada por novos valores sociais, e pelas mais avançadas conquistas da ciência e da tecnologia. Nesse sentido bastará lembrar que, nas primeiras décadas do século passado, 70% do povo brasileiro moravam no campo, enquanto que, hoje em dia, em igual proporção, vivem nas cidades.

O Código Civil ainda em vigor por mais um ano, representou, sem dúvida, uma contribuição estupenda da ciência jurídica nacional,



mas, não obstante o seu alto valor, acrescido por precioso cabedal de doutrina e de jurisprudência, não mais corresponde às necessidades histórico-sociais de nosso tempo, máxime se atentarmos para as vertiginosas inovações ocorridas, em todos os planos da cultura universal, durante o século passado, o mais curto e revolucionário dos séculos, pois começa, a bem ver, com a primeira Grande Guerra e termina com a derrocada do Muro de Berlim.

Tão grande é o respeito que tenho pela obra do insígne Clovis Beviláqua que, ao ser convidado pelo Governo da República, em 1969, para superintender à atualização de nossa Lei Civil, após duas tentativas malogradas, preferi fazê-lo em colaboração com uma plêiade de jurisconsultos eminentes, cujos nomes faço questão de evocar neste instante solene: Agostinho Alvim, José Carlos Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Silvio Marcondes, Torquato Castro e Ebert Chamoun. Quatro deles já faleceram, mas todos exerceram a missão recebida com dedicação e zelo, sem exigir qualquer compensação além da representada pela oportunidade que tinham de bem servir à comunidade nacional.

Foi em 1970 que deles recebi, para sintetiza-las, as propostas correspondentes a cada uma das áreas a eles conferidas, segundo estrutura inicial antes acertada, a qual abrange uma Parte Geral, conforme a concebeu o gênio de Teixeira de Freitas, e cinco Partes Especiais relativas ao Direito das Obrigações, ao Direito da Empresa, ao Direito das Coisas, ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Conforta-me verificar que a estrutura inicialmente adotada resistiu a todas as críticas suscitadas pelo Anteprojeto, salvo no que se refere à Lei das Sociedades Anônimas que, com o nosso assentimento, foi destacada do Código para figurar em Lei Especial, mais adequada a disciplinar tal matéria em função do contínuo dinamismo do mercado de capitais.

Seja-me lícito ponderar que a estrutura do novo Código Civil não encontra símile em qualquer outra nação, constituindo uma

ordenação original em consonância com a nossa própria experiência jurídica e legislativa, na qual veio espontaneamente se compondo a unidade do Direito das Obrigações, em razão da vetustez do Código Comercial de 1850.

É indispensável ponderar que o novo Código Civil não abrange todo o Direito Privado, mas tão somente as questões que emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito Comercial com a respectiva legislação especial.

Foi sabidamente longa a tramitação do projeto que agora se converte em lei, mas não tem sentido afirmar-se que, em razão do grande tempo decorrido, o novo Código Civil já nasceria velho, como se não houvessem sido aproveitadas todas as oportunidades para sua atualização e complemento, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, levando-se sempre em conta as alterações verificadas no plano dos fatos ou da legislação”.

Afirmou, ainda, naquela oportunidade, em conclusão, Miguel Reale:

“Desde o pórtico dos Direitos da personalidade – inexistente no Código de 1916 – até as normas estabelecidas em razão da função social da propriedade e do contrato; desde a maioridade aos dezoito anos até a revisibilidade do regime de bens no casamento; desde a extinção do “pátrio poder”, substituído pelo “poder familiar”, até os dispositivos que salvaguardam o real interesse da prole; desde as novas figuras criadas no campo do Direito das Obrigações até a disciplina da atividade empresarial; desde a preferência dada às “cláusulas abertas”, propiciadoras de ampla compreensão hermenêutica e de maior interferência do juiz na solução dos conflitos, até as novas regras sobre responsabilidade objetiva; desde a constante remissão aos princípios de equidade e de boa-fé até o

tratamento da posse de bens imóveis em razão do valor do trabalho que a motiva; desde a eliminação de formalidades absurdas na lavratura dos testamentos até a preservação dos direitos dos herdeiros, do cônjuge inclusive, é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial”.

Convivemos, portanto, na época contemporânea, com um Código Civil que, vinculando-se às determinações da Constituição Federal de 1988, exige a interpretação e aplicação dos seus dispositivos com visão social, a fim de que as desigualdades entre os homens, no campo dos efeitos das suas relações jurídicas sejam extirpadas ou diminuídas.

Os artigos 156 (estado de perigo) e 157 (da lesão) são exemplos significativos do posicionamento do Código Civil de 2002 em prol do hipossuficiente.

Esses dispositivos permitem que o negócio jurídico seja anulável, no prazo de 4 (quatro) anos quando praticados em estado de perigo, isto é, “quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa” (estado de perigo) ou “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (da lesão).

O Código Civil de 2002 considera, ainda, nulo, de pleno direito, o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166, I), amparando, portanto, aquele que, em razão da idade ou de condições mentais está impossibilitado de entender, de modo completo, o contrato celebrado.

O agente incapaz relativamente é, também, considerado um hipossuficiente para celebrar negócio jurídico. O art. 171, I, do Código Civil de 2002, admite que esse pacto seja anulável, no prazo de 4



(quatro) anos, a contar do dia em que cessar a incapacidade, se presente que o negócio jurídico foi celebrado com pessoa possuidora dessa qualidade.

Regra voltada para a proteção do hipossuficiente em sentido econômico ou financeiro está presente no art. 421 do Código Civil de 2002, ao determinar que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

No mesmo plano, o art. 424, do mesmo Código, a impor que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

O avanço maior do Código Civil de 2002, na proteção do hipossuficiente econômico, está nos arts. 478 a 480, normas que permitem a resolução do contrato por onerosidade excessiva da prestação.

Os mencionados dispositivos têm a seguinte redação:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

“Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

“Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

No campo da proteção ao direito de propriedade, disciplina o art. 1.239 do Código Civil de 2002 que “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Temos, ainda, o art. 1.240, do mesmo Código, ao ditar: “Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

Essas duas regras visam, diretamente, emprestar absoluta função social ao direito de propriedade, favorecendo a quem, nesse terreno, seja hipossuficiente. Está inserido nos comandos dos dispositivos mencionados a preocupação de inserir o homem e a sua família em um contexto de dignidade e de valorização da cidadania no referente ao direito de habitação e meios de sobrevivência.

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE PRESENTE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Os estudiosos das ciências sociais, acompanhando a evolução das realidades presentes no mundo atual, têm analisado os efeitos das profundas transformações em todas as áreas que a humanidade vem vivenciando.

Os últimos três séculos mostram que o liberalismo econômico defendido por Adam Smith e a evolução que passa o Estado por ser chamado a adotar uma forma de atuar com efeitos socializantes alteraram o tecido social. Este, hoje, é formado por estamentos que exigem a

adoção de políticas administrativas e jurídicas que proporcionem o bem estar dos cidadão em todas as áreas de sua atuação, com destaque, nas relações de consumo, a fim de que sejam coibidos os abusos cometidos pela liberdade econômica.

Esses movimentos, na época atual de extensão global, têm influenciado no sentido de que a ciência jurídica adote uma postura que proporcione o surgimento de leis que disciplinem esses tipos de negócios jurídicos de forma que eles se amoldem ao que o administrado está exigindo e precisa: proteção à sua dignidade humana e aos valores da cidadania por ele ostentada.

A supremacia do mercado deve, por força da lei, ser submetida aos princípios de proteção ao hipossuficiente. Os contratos decorrentes da efetivação desse mercado só cumprirão a sua função social se apresentarem moldura compondo retrato da eficácia e da efetividade desse novo direito que busca igualar partes econômica e financeiramente diferentes.

Não podemos ignorar que a economia de mercado influi nas categorias jurídicas. O Direito relaciona-se com a economia com o sentido de determinar limites ao funcionamento dos negócios, garantindo, assim, estabilidade nas relações jurídicas constituídas e procurando proteger aquele que, pela sua condição econômica, está em posição de desigualdade.

Preciso estudo sobre esse fenômeno foi realizado, segundo o nosso entender, por LEONARDO BRANDELLI, Mestrando em Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em trabalho sob o título **ATUAÇÃO NOTARIAL EM UMA ECONOMIA DE MERCADO - A TUTELA DO HIPOSSUFICIENTE**, disponível no site <http://www.colegionotariasp.org.br/leonardo.htm>., de onde destacamos o

trecho que se segue, após análise feita sobre as novas técnicas de contratação apoiadas pelo Direito nos últimos séculos:

“Se estas novas técnicas de contratação são por um lado indispensáveis ao moderno sistema de produção e distribuição em massa, traduzindo-se em inúmeras vantagens às empresas por força da agilidade e segurança que conferem, por outro lado, constituem-se em um verdadeiro perigo ao consumidor, que é a parte **hipossuficiente** da relação contratual.

Notou-se que sob o manto do liberalismo, as rédeas mercadológicas favoreciam os grupos economicamente mais fortes, isto é, ao invés de a liberdade ser exercida em pé de igualdade pelos indivíduos, alguns, economicamente mais fortes, eram privilegiados e dominavam a relação. A igualdade era somente formal, eis que os indivíduos eram colocados pelo ordenamento jurídico como iguais, porém, a igualdade material nunca existiu, porque os homens não são iguais na sua essência, e isto resultou por provocar sérias disparidades nos negócios privados”.

Mais adiante, assinala o autor, no trabalho citado, que “o direito do Estado social é um direito que sucumbe ao interesse coletivo, que protege o hipossuficiente, que rompe enfim, com o individualismo do Estado liberal. Nesse diapasão, o contrato na concepção social, privilegia o princípio da ordem pública em detrimento da autonomia da vontade. Daí defender a doutrina a substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada, sendo esta a possibilidade conferida aos particulares de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em contraposição àquela, que consistia na liberdade absoluta dos indivíduos para decidirem-se por contratar ou não, com quem contratar, e o que contratar”.

Com precisão anota, ainda, o autor acima referido:

"A pós-modernidade ainda não solidificou suas características, ainda não amadureceu, de maneira que em alguns momentos identifica-se com um retorno do liberalismo, ao pregar o afastamento do Estado como, por exemplo, nas privatizações ou no exagerado apego à autonomia da vontade, pretendendo deixar livre o mercado, sem intervenções, e, em outros momentos, aventa resquícios do Estado social, pretendendo a valorização dos direitos humanos e a tutela dos débeis. Pode-se dizer que de certa forma o contrato pós-moderno mistura características dos seus antecessores modernos.

Há uma fase de insegurança conceitual e fática. De um lado a pós-modernidade defende o sepultamento do Estado social resgatando a não-intervenção estatal, sob o argumento de que acarreta uma insegurança legal, e, de outro, fomenta uma cerrada regulamentação a fim de evitar os abusos decorrentes das liberdades econômicas, passando a impor um controle no mercado em relação aos contratos socialmente mais importantes.

Busca-se novamente a vontade como fonte de legitimação, porém uma vontade racional que visa proteger o hipossuficiente, positiva no caso do consumidor, mas que se radicalizada pode chegar ao ponto de afastar a legitimidade do Judiciário para a resolução das lides, como, *verbi gratia*, no caso da arbitragem. Essa liberdade por vezes radicalizada, pode conter também em seu bojo um discurso neoliberal da economia, que leva a aceitar a exclusão social de muitos diante de uma posição passiva do Estado frente à força da economia de mercado.

'Sendo assim, em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de Justiça e equidade e, principalmente, no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia da vontade. Caso contrário, o próprio direito brasileiro ao privilegiar os mais fortes levará à

opressão e exclusão dos mais fracos na sociedade. A crise atual leva a pensar na necessidade de proteção da vontade do consumidor, como ideal utópico remanescente da metanarrativa da modernidade, de tratamento desigual aos desiguais. [...] A liberdade do consumidor é que deve ser protegida, sua autonomia de vontade, racional e efetiva. São tempos de relações contratuais múltiplas, despersonalizadas e a durar no tempo [...]".

Nessa esteira, o Direito deve apresentar-se como um instrumento de organização social justa e equilibrada, como um instrumento de equidade e inclusão social, em contraste absoluto ao abuso do poder econômico. Deve o Direito apresentar-se como um meio de contenção dos abusos e da exclusão causadas pela economia de mercado, e não como um servo desta, a teor do que defendem alguns.

Vê-se o renascimento da autonomia da vontade, porém protegida, com o intuito de garantir a proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores, isto é, garantir a correta manifestação da vontade dos mais fracos. O objetivo é garantir uma autonomia real da vontade da parte mais fraca da relação contratual, uma vontade protegida pelo direito, colocada a salvo das pressões mercadológicas e dos métodos agressivos de venda.

Esta nova autonomia da vontade busca a liberdade contratual de ambos os contratantes, materialmente desiguais, e não somente de um deles, que é o que ocorreria caso não houvesse uma proteção do hipossuficiente por parte do direito. Os novos direitos dos consumidores como o direito à informação, à reflexão e ao arrependimento, vêm ao encontro dessa autonomia da vontade protegida.

O típico contrato pós-moderno é o contrato cativo de longa duração, que consiste na relação contratual que se utiliza dos métodos de contratação em massa para o fornecimento de serviços especiais, criando

relações complexas e de longa duração, 'envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes, consumidores'. Resgatam tais contratos a personalidade das relações, consoante observou Cláudia Lima Marques.

Se por um lado a pós-modernidade contratual é a busca da vontade protegida, real, do contratante desprivilegiado na relação, por outro é a volta do liberalismo, da supremacia das regras da economia de mercado.

Leciona Jorge Mosset Iturraspe que a "privatización del mercado, la puesta en manos de los particulares del hacer en el intercambio, y por ende en la contratación, significa tanto la superación del dogmatismo jurídico del siglo XIX que consagra el Código Napoleón y pasa al Código de Vélez, como la superación del humanismo solidarista del siglo XX, superación no en sentido de 'mejoramiento' de la regulación social en beneficio de las personas, sino con el alcance de dejar atrás. Se podría aludir a un retorno: del Estado liberal ao Estado social o benfector y de éste, otra vez, a un modelo liberal; empero, el control social no es el mismo: se ha pasado de la concepción represiva a la promocional y luego al dejar hacer'.

O autor conclui:

"Esta nova visão da economia de mercado pretende a volta absoluta do privado na auto-regulamentação das suas vontades, sem intervenção estatal. A privatização do Estado neste sentido, significa a privatização do contrato. O direito não deve impor limites à contratação; tais limites devem ser apenas os da ordem econômica, que é natural, ínsita ao ser humano. Busca-se substituir a legislação estatal pela nova lex mercatoria, que traduz os usos e costumes da comunidade internacional de comerciantes, consistindo em uma lei sem fronteiras,

fruto de um mercado globalizado, "sem Estado", e sem um direito de autoridade mas, sim, um direito que deixa fazer".

Não podemos nos afastar, no instante em que nos dedicamos a uma pesquisa científica, das realidades configuradas no ambiente onde atua o nosso ordenamento jurídico.

Há como certo de que os efeitos da pobreza cada vez mais crescem em nosso país. Relembramos, por exemplo, que, conforme dados apresentados pela imprensa, em 1998, a pobreza absoluta em nosso País atingiu a cifra de 44 milhões de brasileiros, isto é, um percentual de 32,5% da população.

Embora não exista um conceito científico do que seja pobreza absoluta, podemos considerá-la como sendo a situação das pessoas que têm um rendimento inferior mensal a um quarto do salário mínimo, ou que sustentam a família com rendimento menor que um salário mínimo. São pessoas que vivem privadas, de modo rigoroso, de qualquer benefício voltado para proteger a sua saúde, a sua educação, a sua velhice e nos últimos limites de suportar a fome.

Voltando aos propósitos do Código de Proteção ao Consumidor em se definir por assegurar aos hipossuficientes os direitos nele expressados, invocamos pensamentos de Luiz Otávio A . Amaral, em artigo intitulado **"O Código do Consumidor e a nossa Cultura jurídica"**, disponível no site <http://www.factum.com.br/artigos/082.htm>.

Após desenvolver, com brilhantismo, as dificuldades de nossa cultura jurídica para implantar, de modo eficaz, o Código do Consumidor, assevera o autor:

"Em que pese o reconhecimento legal, constitucional, doutrinário, da vulnerabilidade geral do consumidor, daí a facilitação da

defesa dos seus direitos, ainda há consumidor brasileiro impedido de embargar execução por falta de bens que assegurem o juízo. Ora, esta cega exigência faz-nos lembrar de lei tão criticada por Anatole France: "Fica proibido dormir sob as pontes de Paris". Tratar desiguais como iguais é a suma injustiça! Por outro lado, as empresas executadas, que jamais obedecem a ordem legal na nomeação de bens à penhora, já dispõem invariavelmente de um bem (sempre o mais complicado possível p/o caso) reservado (encalhado) e não raro apenas um papel livre da existência material da garantia (D.U.T. de automóvel já inexistente, p.ex.). Com efeito, despejar, desapossar, comprometer o orçamento familiar de consumidor-assalariado, tem sido mais fácil que p.ex. desconsiderar-se a personalidade jurídica de empresas (direito-instrumento de progresso do homem, jamais de abuso e fraude) para ir buscar a satisfação do consumidor (no mais das vezes, também de uma sentença), a quem o Estado garante defender.

Outra perversa inversão da lógica social, no caminho do consumidor brasileiro, é o fato da força atrativa dos concursos de credores indistintamente considerados como se todos fossem iguais (bancos e assalariados, fisco e consumidor). Por que o concurso de credores falência ou não (arts. 762/CPC e 24/Lei de Quebras) terá o condão de prejudicar, retardando, protelando (se pior não for), como convém aos devedores-espertalhões e empedernidos, a satisfação do direito do credor-consumidor (cuja 'culpa' de estar em juízo é menor que a do devedor) pelo fato da genérica "conveniência" (de quem ?) daquela fila de credores (a implorar cumprimento de sentença.). É vexatória realidade do "ganhou, mas não levou!" Quando a Justiça decide quem deve vencer a demanda, esta vitória pode, até com muita facilidade e ar de correção técnica, se converter em sucumbência prática, tal a perversão do hipersuficiente contra o hipossuficiente, tudo a despeito de mandamentos constitucionais e do Código do Consumidor.

Com efeito, uma visão conservadora - que obsta o progresso das relações sociais - aliada à uma razão preguiçosa, no dizer de Kant, é tudo que o obscurantismo carece para alcançar a infelicidade pública, mas há, ainda, a má-fé, invariavelmente muito bem paga, para sustentar teses que não seriam defendidas sem a alta remuneração é daí que alguns setores de nossa economia tentam e tentarão muito ainda fugir do CDC porque ele atrapalha quem pretende lucrar com o dano dos hipossuficiente. Por outro lado, o nosso sistema atual (aliás, a cultura judicial atual) de responsabilidade civil (reparação de danos em geral) ainda tolera a economicidade do dano, ou seja, a vantagem, para o agente causador do dano, na reparação. É que a reparação tarifada, pré-limitada (i.e., 100, 400 salários mínimos) pode não refletir a boa lição de justiça tendente a prevenir (e não estimular), pelo valor da indenização, o dano. O critério de ouro neste tema não deve ser a situação econômica do indenizado (i.e., da vítima do dano), mas sem dúvida, a situação econômica do indenizador (i.e., causador do dano). Em suma, se aquele fica rico com a indenização, isso não é necessariamente mal se esse (o indenizador) pode razoavelmente assumir o valor da indenização. Quanto maior a indenização maior o cuidado para prevenir a sua reincidência., isso tanto mais verdadeiro, quanto maior o fosso entre hiper e hipossuficiente. Temos ainda que desenvolver essa cultura de justiça econômica e prevenção geral de abusos e injustiças (sociais, difusos e individuais).

Esse é, ainda, o lado negativo na vigência do Código, cujo futuro próximo indica adequações para que o potencial de proteção constitucional (e legal) garantido ao consumidor brasileiro não seja letra morta, sobretudo em juízo.

Nossos dias, quiçá mais que em outros tempos, são dias de intensas e radicais mudanças. Contudo, é o vendaval da globalização - para Alain Touraine, verdadeira ideologia - o fato mais preocupante nestes nossos dias. É de se ponderar, por exemplo, que este verdadeiro colonialismo pós-moderno (segundo a socióloga do Direito americano



Susan Silbey), pode fazermos retroceder em setores socialmente sensíveis, como o Direito do Consumidor (dentre outros), tais os novos e fortes focos de poder e influência que já empalidecem o conceito tradicional de soberania. Sucede, todavia, que a globalização conquanto fenômeno irreversível, não é necessariamente incontrolável em seus subprodutos e efeitos eventualmente deletérios para certos países. No Mercosul, por exemplo, é de justo progresso que nossos parceiros logrem alcançar o estágio das relações de consumo reinante entre nós, estágio este ainda longe do ideal”.

O vocábulo hipossuficiente está empregado, apenas, uma vez no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme registra o inciso VII do art. 6º, a saber:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Como visto, são direitos do consumidor ter a sua defesa facilitada, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

O hipossuficiente, portanto, será considerado de acordo com a avaliação do juiz tomando em consideração vários aspectos do ambiente em que ele desenvolve as suas atividades e as características econômicas que apresenta.

Lembramos que o conceito de “segundo as regras ordinárias de experiências” é aberto. Cabe, portanto, ao juiz defini-lo, limitá-lo, dar-lhe conteúdo concreto.

A pesquisa que desenvolvemos sobre o hipossuficiente nas relações construídas pelos negócios jurídicos que participa leva-nos a convicção de que os consumeristas são os que mais estão preocupados com esse tipo de cidadão. Há uma busca de se conceituar o que seja hipossuficiente sem se afastar da colocação de que ele está sempre numa situação de subordinação, quer seja subordinação cultural, quer seja subordinação técnica, financeira, educacional.

Não encontramos, na doutrina sobre seguro, análise sobre a possibilidade de ao suficiente ser oferecido um tipo de garantia para os seus negócios jurídicos, salvo no campo dos contratos rurais.

O hipossuficiente técnico é aquele que não tem conhecimento dos aspectos específicos do negócio jurídico celebrado.

O hipossuficiente financeiro é o que que, em face das poucas rendas que possui, envolve-se em um negócio jurídico em que a parte contrária possui alta potencialidade financeira e econômica.

O hipossuficiente social é o que, em face da pouca cultura possuída, sofre as consequências de uma propaganda não bem dirigida, de uma oferta que lhe provocará altos encargos com juros, em outras palavras, o que torna-se vítima de propaganda enganosa.

Em torno de uma relação de consumo aumentam as dificuldades em bem se definir o que seja parte hipossuficiente. Esses obstáculos nos são impostos pelo próprio legislador quando impõe que a relação de consumo exige três elementos para a sua caracterização: os sujeitos, os objetos e o vínculo.

Os sujeitos são o consumidor e o fornecedor do serviço ou da mercadoria.

Os consumeristas concebem o consumidor, em regra geral, como sendo um hipossuficiente, sem destacar a sua classe social, nem o seu grau cultural de aprendizagem.

É, ao meu pensar, uma visão limitada, porque nem sempre o consumidor é um hipossuficiente. Em muitos negócios jurídicos de consumo a parte mais fraca pode ser o fornecedor do serviço ou da mercadoria e fica em situação de subordinação em relação ao consumidor.

No campo científico não podemos trabalhar com meias verdades. Estas têm de ser vistas em toda a sua complexidade e por todos os ângulos que elas atingem. Não é possível, no trato de postulados jurídicos, distorcemos as realidades em toda a sua extensão.

O segundo elemento do contrato de consumo é o objeto. É o produto ou o serviço adquirido pelo consumidor. Tem produtos que são oferecidos ao consumidor e que estes, necessariamente, o adquirem, como o pão, a água, o leite, o serviço de luz e outros que são necessários para a valorização da dignidade humana.

Há mistérios a serem desvendados no afirmar a existência de subordinação do consumidor ao produtor e ao vendedor.

No caso da compra do leite, do pão e de outros alimentos diários, o consumidor não tem condições de discutir o seu preço e a sua qualidade. Esses produtos lhe são impostos e aceitos de modo resignado.

Diferentemente ocorre quando o consumidor vai adquirir determinados produtos não necessários à sua manutenção diária, como por exemplo, os destinados ao lazer, ao seu entretenimento. Nesta situação, há espaço para ele discutir o preço, as condições de pagamento

e a qualidade do produto. O mercado efetua pesquisa para agradar a esse tipo de consumidor, subordinando-se, portanto, as suas preferências.

Há algumas reflexões que necessitam ser aprofundadas a respeito do conceito de hipossuficiente no âmbito das relações de consumo.

O consumidor está visto no Código que o protege em quatro dispositivos: no artigo 2º, no art. 2º, parágrafo único, no artigo 17 e no artigo 29.

Há, portanto, que se fazer um estudo sistêmico desses artigos para que possamos entender, com fidelidade, o que seja um consumidor e, conseqüentemente, um consumidor hipossuficiente.

Temos, portanto, que buscar o conceito de consumidor presente na Lei n. 8.078, de 11.9.1990, nos quatro dispositivos que dele cuidam.

Essas regras ditam:

a) No art. 2º, caput (conceito fundamental): "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

b) No art. 2º, parág. único (conceito por equiparação): "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

c) No art. 17 (conceito por equiparação): "Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

d) No art. 29 (conceito por equiparação): "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (Conceito



muito mais abrangente do que o do art. 2º, amplo e abstrato. Contempla o consumidor real, existente de fato, atingido pela prática comercial, e qualquer outro determinável).

Por outro lado, a doutrina busca conceituar consumidor. Registramos algumas observações sobre o tema:

a) O conceito de consumidor, no sentido etimológico, pode ser encontrado em vários campos do conhecimento humano: econômico, sociológico, psicológico e filosófico. Não é, portanto, um conceito exclusivo da Ciência Jurídica.

b) Mihailov Forgoux, em “Principes et pratique du droit de la consommations, Ed. J. Delmas et Cie, Paris, 1979, p. 04, cit. por Newton de Lucca, in “Direito do Consumidor”, p. 123, Quartier Latin, p. 123, 2.003:

“O consumidor é aquele suscetível de sofrer um prejuízo utilizando para fins pessoais e não profissionais, um bem ou um serviço na aquisição do qual não teve forçosamente de participar” (Repudia qualquer caráter contratual – limita às pessoas físicas).

c) Fábio Ulhoa Coelho (O empresário e os Direitos do Consumidor, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 45:

Concepção objetiva:

“De um lado, a objetiva, em que o conceito enfatiza a posição de elo final da cadeia de distribuição de riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceito jurídico é o do agente econômico que destrói o valor da troca dos bens ou serviços, ao utilizá-los diretamente, sem intuito especulativo. Pode-se dizer que o direito mexicano, por exemplo, manifesta tendência objetiva ao definir consumidor”.

Concepção subjetiva:

“De outro lado, há a concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a sua qualidade de não-profissional em relação com o fornecedor profissional. No direito europeu, a tendência se manifesta nesse sentido, como se pode observar do conceito de consumidor da lei portuguesa e da lei sueca de 1973. Entre as duas formulações, pende o direito brasileiro para o conceito objetivo de consumidor, na medida em que enfatiza a posição terminal na cadeia de circulação de riqueza por ele ocupada”.

d) Newton De Lucca, ob. cit., p. 131, inclina-se em aceitar o conceito de natureza subjetiva formulado pelo professor belga Thierry Borgognie (*Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*, Collection Droit et Consommation, Story Scientia, 1988, pp. 45 e ss, cit. por Newton, p. 131). Eis o que afirma o referido professor belga:

“Para a clareza da análise, reuniu-se diversos elementos componentes da visão subjetiva da noção de consumidor, tais como acima comentados e sistematizados, na formulação que segue:

1º O consumidor é uma pessoa física ou jurídica que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço distribuído no âmbito do sistema econômico por um profissional, sem que ela própria tenha como propósito fabricá-lo, transformá-lo, distribuí-lo ou prestá-lo no âmbito comercial ou no de uma profissão.

2º Exercendo uma pessoa profissionalmente uma atividade comercial, financeira ou industrial não pode ser considerada como um consumidor, salvo se ficar por ela estabelecido que está agindo fora de sua especialidade e que seu faturamento atinja uma cifra a milhões de franco por ano”.

e) Cláudia Lima Marques (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª. edição, RT, pp. 252/304 analisa o conceito de consumidor por três ângulos:



1º - o consumidor em sentido estrito (é o definido no art 2º - problema: o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes: a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I): técnica (o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo / é presumido no CDC; jurídica (falta de conhecimentos jurídicos específicos (presumida no CDC - leasing); fática ou sócio-econômica (a superioridade do fornecedor – consórcios – hipossuficiência econômica).

2º - o consumidor como sendo aqueles a tanto equiparados (art. 2º, § único);

3º - o consumidor como sujeito de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, CF/88, e art. 28 ADCT) (Art. 1º, III, CF/88, art. 170 CF).

A circular os conceitos legais e doutrinários do consumidor há a obediência ao princípio da vulnerabilidade que caracteriza a relação de consumo.

Esse princípio está no artigo 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sobre o qual fazemos as seguintes observações;

a) Trata da política nacional das relações de consumo.

b) Essa política está subordinada aos princípios que a regem e que são:

b. 1 - o da necessidade (o de que o consumidor tem necessidade de adquirir determinados produtos e serviços);

b.2 - o do respeito à dignidade da pessoa humana nas relações de consumo;

b.3 - o da necessidade de proteger a saúde e sua segurança;

b.4 - o da incolumidade dos interesses econômicos do consumidor, de modo a impedir perdas materiais;



b.5 - o da melhoria da qualidade de vida;

b.6 - o da transparência;

b.7 - o da harmonia das relações de consumo (boa-fé, equilíbrio);

b.8 - o da vulnerabilidade (o consumidor é a parte fraca na relação de consumo);

b.9 - o da intervenção do Estado para proteger efetivamente o consumidor;

b.10 - o da boa-fé (art. 4º, III) objetiva e do equilíbrio contratual (art. 51, IV).

Citamos alguns exemplos a justificar a necessidade de obediência aos princípios acima apontados e a caracterizar a vulnerabilidade das relações de consumo. Ei-los:

a) Os aposentados e pessoas com mais de 60 anos (13 milhões no Brasil no ano 2000 – 8% da população (art. 1º, III, CF) quando envolvidos em relações de consumo;

b) os contratos de saúde – vulnerabilidade especial;

c) as crianças como sujeitos ativos de consumo.

Não ignoramos, também, que em determinados tipos de contrato há completa vulnerabilidade do consumidor hipossuficiente, a saber:

a) nos contratos imobiliários;

b) nos de transporte, de turismo e de viagem;

c) nos de hospedagem, de depósito e estacionamento;

d) nos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada;

e) nos contratos bancários e de financiamento;

f) nos de administração de consórcios, leasing massificado e afins;

g) nos de fornecimentos de serviços públicos;

h) nos de compra e venda a prazo;

i) nos de compra e venda com alienação fiduciária.

Em se tratando da execução dos contratos de relação de consumo há necessidade de determinados princípios serem seguidos, especialmente, quando em uma das pontas há a presença de um hipossuficiente. Esses princípios são:

1º - o da transparência (arts. 30, 31, 46, § 1º, CDC);

2º - o da boa-fé (art. 4º, III, CDC);

3º - o da equidade (equilíbrio) contratual (art. 51 – cláusulas abusivas);

4º - o da confiança que se dedica a afastar os vícios do produto e do serviço que podem ser: :

a) - vícios do produto:

- vícios de qualidade (por inadequação; falta de informação);

- vícios de quantidade;

b) - vícios do serviço:

- qualidade dos serviços

- informação.

4. – Conclusões

O tema do presente artigo, como demonstrado, sugere outras indagações. Ele é provocador e está a desafiar os doutrinadores e os aplicadores do direito.

Guilherme Fernandes Neto, em obra intitulada “O Abuso do Direito no CDC” – Brasília Jurídica, p. 21, 1999), assinala, com muita precisão:

“Assim, não se pode igualar a autonomia privada existente antes da Constituição de 1988 e do CDC à liberdade de contratação após a vigência da atual Carta Magna e especialmente depois da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.

A liberdade de contratação foi mitigada justamente com o objetivo de proteger o consumidor hipossuficiente do capitalismo voraz; desta forma, em que pese estarmos vivendo em um sistema essencialmente individualista, com a elevação da defesa do consumidor, e sendo o CDC matéria de ordem pública, infere-se que as normas de consumo prevalecem sobre as relações contratuais privadas, sendo nulas de pleno direito as cláusulas contratuais ou quaisquer disposições de vontade pertinentes à relação de consumo que contrariem qualquer dispositivo do CDC”.

Idem, p. 56:

“O direito cedeu às transformações sociais, bem como à necessidade de mitigar as funestas conseqüências advindas da liberdade desmedida de contratar; o Estado iniciou a intervenção progressiva nas relações contratuais com o Direito Público, bem como as normas de ordem pública e interesse social sobre os interesses meramente privados. E,

48



acrescenta-se, por mais convicção que tenhamos na superioridade do sistema econômico vigente, também entendemos que outra alternativa não resta à sociedade do que impelir o Estado a defender os economicamente mais fracos, os hipossuficientes, os consumidores em massa”.

A jurisprudência começa a assentar a sua compreensão sobre o posicionamento do hipossuficiente em vários tipos de negócios jurídicos.

O emprego do vocábulo hipossuficiente é utilizado, com frequência, na decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Escolhemos dez decisões para demonstrar as idéias desse Tribunal sobre o assunto:

a) Apelação Cível n. 70010538387, Rel. Des; Artur Arnildo Ludwig, julgamento de 23.02.2005.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE NOME DE DEMANDANTE EM CADASTRO DE DEVEDORES. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE TRÊS ANOS. OCORRÊNCIA. EXEGESE DOS §§ 1º E 5º DO ART. 43 DO CDC. APLICAÇÃO DO ART. 206, § 3º, VIII, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. Já tendo decorrido o prazo de três anos do vencimento da obrigação registrada nos cadastros restritivos de crédito, e sendo o título que ensejou o cadastro, cambial, mister se faz o cancelamento do registro. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AFASTADA. Não há que se falar em ausência de oportunidade de defesa, quando incumbia a parte ré fazer a prova documental e a mesma assim não procedeu quando da apresentação da peça contestatória. NATUREZA DO TÍTULO QUE ENSEJOU O CADASTRO. PROVA QUE CABE AOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO. A prova da natureza do título cabe ao Serasa, porquanto possui acesso a tais informações, sendo o consumidor considerado **hipossuficiente** para fazer tal prova. VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDO. Os honorários advocatícios devem ser fixados em consonância com o disposto

no art. 20, §4º do CPC. APELO DESPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70010538387, SEXTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ARTUR ARNILDO LUDWIG, JULGADO EM 23/02/2005).

b) Agravo de Instrumento n. 70010939411, Rel. Desembargadora Ana Beatriz Iser, Julgamento de 17.02.2005.

Ementa: **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Tendo o recorrente declarado sua atual condição de **hipossuficiente**, e juntado aos autos declaração anual de isento do Imposto de Renda, depreende-se da mesma que possui baixa renda, fazendo jus à concessão do beneplácito da AJG. AGRAVO PROVIDO DE PLANO, COM FULCRO NO ART. 557, §1º-A, DO CPC. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70010939411, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANA BEATRIZ ISER, JULGADO EM 17/02/2005).

c) Apelação Cível n. 70009626292, Rel. Des. Dorval Bráulio Marques, julgamento de 23.12.2004.

Ementa:

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NÃO APRESENTAÇÃO DO CONTRATO. APLICAÇÃO DO CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO E / OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 1. NÃO APRESENTAÇÃO DO CONTRATO. Evidenciada a relação de consumo, opera-se a inversão do ônus da prova em favor do



mutuário **hipossuficiente**. Presunção de veracidade dos fatos alegados pelo Autor e possibilidade de revisão do contrato em tese. 2. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor implementou uma nova ordem jurídica, viabilizando a revisão contratual e a declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo Poder Judiciário. 3. JUROS REMUNERATÓRIOS. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC. Merece parcial provimento o apelo do Banco neste ponto, uma vez que a sentença guerreada limitou os juros remuneratórios a 6% ao ano. 4. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros é vedada em contratos da espécie, por ausência de permissão legal, ainda que expressamente convencionado. Disposição de ofício. 5. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. Adoção do IGP-M para atualização do valor da moeda. 6. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É vedada a comissão de permanência por cumulada com juros remuneratórios e correção monetária. 7. ENCARGOS MORATÓRIOS 7.1 Juros Moratórios. Incidem à taxa de 1% ao ano. Disposição de ofício. 7.2. Multa Contratual. Limitada a 2%, a partir da Lei nº 9.298/96. Disposição de ofício. 7.3. Mora do Devedor. Por ter sido elidida a mora debendi, não há exigir os encargos moratórios. Esses são exigíveis tão-só quando constituído em mora o devedor. Disposição de ofício. 8. COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Após a compensação, e na eventualidade de sobejar saldo em seu favor do devedor, é admitida a repetição simples, afastada a previsão contida no parágrafo único do art. 42 do CDC. Disposição de ofício. 9. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. A cláusula que prevê emissão de título de crédito configura nulidade pela abusividade que ostenta ou pela excessiva outorga de poderes conferida ao credor ou pelo excesso de garantia. Disposição de ofício. 10. MANUTENÇÃO DE POSSE. É de ser mantido o devedor na posse do bem alienado fiduciariamente enquanto pendente pleito revisional. 11. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.



Majorados. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

d) Agravo de Instrumento n. 70010582187, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. FORO DE ELEIÇÃO. Prevalece a eleição, pelas partes contratantes, de foro competente para demanda decorrente daquele contrato quando não caracterizada situação para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, portanto, sem parte **hipossuficiente**. Precedentes. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70010582187, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, JULGADO EM 22/12/2004)

e) **EMENTA:** AÇÃO REVISIONAL DE CARTÃO DE CRÉDITO. Prescrição: incorrente. O direito à revisão do contrato tem como único pressuposto a onerosidade excessiva pactuada em detrimento do **hipossuficiente**. O Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras. Marco inicial da revisão: assinatura do contrato. Revisão de contratos extintos e/ou novados: não conhecimento. Revisão de parcelas pagas: possibilidade, se efetuado pagamento a maior. Repetição de indébito: deferimento. Multa: 2%, devida desde que a obrigação se venceu. Não conhecimento de questões levantadas no recurso do autor sobre as quais obteve ganho de causa. APELAÇÃO DA RÉ CONHECIDA EM PARTE E PROVIDA PARCIALMENTE. APELAÇÃO DO AUTOR CONHECIDA EM PARTE E IMPROVIDA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005166806, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA



DO RS, RELATOR: MANOEL VELOCINO PEREIRA DUTRA, JULGADO EM 22/12/2004).

f) **EMENTA:** PROCESSO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS. CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. O Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras. O pressuposto único da revisão é a onerosidade excessiva praticada em detrimento do **hipossuficiente**. Juros remuneratórios: liberados à taxa convencionada pelas partes. Capitalização dos juros: anual. Comissão de permanência: validade, podendo ser substituída pela correção monetária, por expressa previsão contratual. Impossibilidade jurídica da revisão de contrato quitado e/ou novação e repetição de indébito: não conhecimento. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E PROVIDA PARCIALMENTE. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006990485, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MANOEL VELOCINO PEREIRA DUTRA, JULGADO EM 22/12/2004).

g) **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. CANCELAMENTO DE REGISTRO DE NOME DE DEMANDANTE EM CADASTRO DE DEVEDORES. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE SEIS MESES. OCORRÊNCIA. Uma vez decorrido o prazo de seis meses para intentar a ação executiva de cheques, sem que a mesma tenha sido promovida, há de ser retirado o nome do demandante do cadastro de inadimplentes. NATUREZA DO TÍTULO QUE ENSEJOU O CADASTRO. PROVA QUE CABE AOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO. A prova da natureza do título cabe ao Serasa, porquanto possui acesso a tais informações, sendo o consumidor considerado **hipossuficiente** para fazer tal prova. APELO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70010375707, SEXTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ARTUR ARNILDO LUDWIG, JULGADO EM 22/12/2004)

h) **EMENTA:** AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. AÇÃO CAUTELAR OBJETIVANDO A SUSPENSÃO DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DE AMBAS AS AÇÕES. O Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras. A revisão de uma relação de consumo é possível desde que imponha onerosidade excessiva em detrimento do **hipossuficiente**. Juros remuneratórios: liberados à taxa convencionada pelas partes. Capitalização dos juros: anual. Comissão de permanência e TR: não contratadas. Multa: 2%. Repetição de indébito: deferimento, de forma simples. Compensação de valores: deferimento. Desconto em folha de pagamento: mantido, ajustado às prescrições decorrentes do juízo de revisão da dívida. APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDA EM PARTE E PROVIDA PARCIALMENTE. APELAÇÃO DO BANCO PROVIDA EM PARTE. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005069422, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MANOEL VELOCINO PEREIRA DUTRA, JULGADO EM 22/12/2004).

i) **EMENTA:** AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. A onerosidade excessiva em detrimento do **hipossuficiente** é o único pressuposto para que a relação de consumo possa ser revisada. Juros remuneratórios: liberados à taxa convencionada no contrato. Juros de mora: 1% ao mês. Capitalização dos juros: anual. Inscrição da autora em órgãos de proteção ao crédito: vedada, na pendência da lide. Taxa ANDIB: nulidade. APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDA EM PARTE E IMPROVIDA. APELAÇÃO DO BANCO PROVIDA EM PARTE. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70001678176, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MANOEL VELOCINO PEREIRA DUTRA, JULGADO EM 22/12/2004)

O site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, <http://www.tj.rs.gov.br>, registra 100 (cem) acórdãos onde a palavra hipossuficiente é empregada.

Na pesquisa que realizamos no site do Superior Tribunal de Justiça nos campos referentes aos acórdãos e às súmulas não encontramos o emprego do vocábulo hipossuficiente.

Fixamos, por último, a defesa de idéias que busquem conceituar hipossuficiente nos negócios jurídicos, a fim de que as relações jurídicas se tornem dosadas pelo elemento de confiança e estabilidade. Entre tantas, destacamos as de se interpretar as cláusulas contratuais e as leis reguladoras de negócios jurídicos onde os hipossuficientes sejam partes com objetivos de protegê-los.

Tratando-se de interpretar cláusulas contratuais relativas a qualquer negócio jurídico, inclusive o de seguro, onde tem, especialmente, um hipossuficiente como parte, ousamos, inspirado em antigas regras pregadas por Serpa Lopes, em sua obra "Curso de Direito Civil", p. 30, 1º volume, formular o caminho seguinte:

a) Primeiro: quando a cláusula contratual for suscetível de dois sentidos, deve se entender aquele em que ela possa ter algum valor e produzir algum efeito.

b) Segundo: quando em um contrato houver termos em sentido duplo, devem ser eles entendidos naquilo em que mais convier à natureza do contrato, observando sempre a sua função social.

c) Terceiro: o que é ambíguo, se interpreta pelo que é de uso no país, o que é normal no ambiente social. Temos que observar a aplicação atualizada do princípio da boa-fé, especialmente da boa-fé que é praticada no ambiente em que o negócio jurídico foi celebrado. A boa-fé, por exemplo, do Estado do Amazonas, a boa-fé que é praticada em alguns Estados nordestinos, não pode ser a mesma boa-fé que é aplicada na Avenida Paulista. Trata-se da boa-fé objetiva composta por componentes diferenciados.

d) Quarto: as cláusulas do uso devem ser subentendidas. Não se pode pensar no negócio jurídico para não ser usado o seu objeto.

e) Quinto: as cláusulas devem ser interpretadas umas pelas outras, quer dizer, de modo sistêmico.

f) Sexto: em caso de dúvida, deverá a cláusula ser interpretada contra aquele que estipulou alguma coisa em favor do que contraiu a obrigação. O princípio de proteção ao hipossuficiente se fará presente.

g) Sétimo: por mais gerais que sejam os termos em que estiver concebido uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parecer que as partes contratantes se propuseram contratar, e não aquelas em que não pensava. O contrato deve ser o mais claro possível, da mesma maneira que as informações devem ser exatas para a tarifação. As cláusulas contratuais também devem ser rigorosamente passíveis de cumprimento em situação de normalidade e de acordo com as condições financeiras do hipossuficiente.

h) Oitavo: quando o objeto da convenção for a universalidade de coisas, compreende-se nela todas as coisas particulares que compõem essa universalidade. Nós não podemos compreender a universalidade que não tenha os seus elementos essenciais, mesmo aquelas de que as partes não tiverem conhecimento. A universalidade envolve tudo aquilo que a compõe. Não precisa que as partes especifiquem os componentes da universalidade das coisas.

i) Nono: quando em um contrato aparecer cláusula duvidosa não se deve restringir o objetivo que o vínculo pretende alcançar.

j) Décimo: uma cláusula concebida no plural decompõe-se, muitas vezes, em diversas cláusulas singulares. Princípio lógico. É o princípio da lógica da interpretação.

k) Décimo primeiro: o que se acha no fim da frase, relaciona-se de ordinário com toda a frase, e não somente com o que precede imediatamente, uma vez que este fim de frase convenha, em gênero e número, à frase inteira.

l) Décimo segundo: se há obscuridade, ambigüidade, ou outro qualquer vício de uma expressão que foi efeito de má-fé, ou de culpa daquele que deve exprimir a sua intenção, a interpretação se fará contra ele, porque devia fazer entender com clareza o que pretendia.

m) Décimo terceiro: as expressões que de nenhum modo possam ter qualquer sentido devem ser rejeitadas. São consideradas como que não tivessem sido escritas.

De tudo quanto foi exposto, estamos certos de que novos momentos jurídicos surgirão disciplinando a presença do hipossuficiente nos negócios jurídicos, na tentativa de protegê-los e de aproximá-los cada vez mais da vontade constitucional de que sejam tratados em igualdade de condições com os hipersuficientes e valorizada a sua dignidade humana e cidadania, tudo em homenagens aos preceitos do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro.